

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile

Mougenot, Dominique

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2017

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2017, 'Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile', *Journal des Tribunaux*, Numéro 6674, p. 69-73.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile¹

1 Délimitation de la question

1. La régularité de la preuve relève de la recevabilité des preuves. — La question de la régularité de la preuve se confond avec celle de sa recevabilité au regard de la loi. La recevabilité traite de l'admissibilité d'un mode de preuve en justice². La preuve irrecevable doit être rejetée d'office par le juge, sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée. On peut distinguer deux types de preuves irrégulières : les preuves illégales et les preuves déloyales. Les preuves illégales sont constituées ou acquises en violation de la loi : un document volé ou falsifié, communiqué en violation du secret professionnel, une communication téléphonique interceptée par un tiers, une surveillance des travailleurs non autorisée... Les preuves déloyales sont recueillies sans violation de la loi mais à l'insu de la partie concernée, de manière clandestine ou sournoise (un enregistrement d'une conversation téléphonique par l'un des interlocuteurs à l'insu de l'autre, un constat fait par un détective ou un huissier qui se fait passer pour un client...). Le principe de loyauté est en effet sous-jacent dans toute la matière des preuves, même s'il ne peut s'appuyer sur un fondement légal précis³. Un sort identique sera donc réservé, dans la doctrine et la jurisprudence classiques, aux preuves illégales et aux preuves recueillies de manière légale mais déloyale.

2. Un raisonnement en deux temps. — Il faut tout d'abord établir l'irrégularité, avant d'examiner sa sanction. Le raisonnement du juge devra donc s'articuler en deux temps, même si ces deux étapes n'apparaissent pas toujours clairement dans la jurisprudence. Dans un premier temps, le tribunal devra apprécier l'existence de l'irrégularité. Si celle-ci n'est pas constatée, la preuve ne pose pas de problème particulier et pourra être librement utilisée en justice. Ce n'est que si le juge constate une illégalité ou une déloyauté dans la constitution ou la réception des preuves que l'application de la jurisprudence *Antigone* prend tout son sens. Dans cette seconde étape, le juge devra vérifier s'il doit écarter les preuves irrégulières ou s'il peut les prendre en considération. Le présent article n'examine que cette dernière question.

2 La jurisprudence *Antigone* en matière civile

A. Évolution de la jurisprudence

3. L'arrêt de cassation du 10 mars 2008. — La jurisprudence *Antigone* en matière civile repose tout d'abord sur un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008⁴. Prononcé dans un cas de répression du travail en noir, cet arrêt transpose la solution admise en matière pénale. Les preuves irrégulières doivent être admises, sauf lorsque l'un des trois critères classiques de la jurisprudence pénale (et de l'article 32 TPCPP) est présent.

La question du champ d'application de cet arrêt a été posée en doctrine. Dès lors que la réglementation sur les fraudes en matière de chômage relève de l'ordre public, l'enseignement de la Cour est-il limité à des matières qui touchent à l'ordre public, comme c'est le cas en matière pénale ou fiscale ? La doctrine majoritaire répond par la négative⁵, même s'il subsiste des opinions minoritaires plus réservées⁶. Un arrêt du 10 novembre 2008 a pu jeter un certain trouble sur cette question mais il est actuellement admis par la doctrine majoritaire que cet arrêt n'est pas pertinent pour la solution de ce problème⁷.

Les preuves déloyales devraient-elles être aussi soumises à la jurisprudence *Antigone* ? L'arrêt de mars 2008 ne parle que des preuves « illicitement recueillies ». Prise à la lettre, cette expression devrait limiter l'application de la jurisprudence *Antigone* aux seules preuves contraires à la loi. Mais, dans la mesure où l'on met sur le même pied illicéité et déloyauté, on n'aperçoit pas pourquoi les preuves déloyales devraient être traitées différemment.

4. Consécration de la jurisprudence *Antigone* dans la jurisprudence des juges du fond en matière civile après l'arrêt du 10 mars 2008. — La plupart des juges du fond confrontés à la question ont fait application de la jurisprudence *Antigone*, parfois au terme d'un examen assez circonstancié.

On peut constater, à la lecture de ces décisions, que la majorité des juges qui appliquent la jurisprudence *Antigone* ne font aucune distinction entre matière d'ordre public et d'ordre privé⁸. Il s'agit, la plupart du temps de décisions implicites : les juridictions n'abordent pas le

(1) Le présent article est un condensé d'une étude plus approfondie qui paraîtra en février 2017 dans la collection UB³, dans l'ouvrage *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales* (sous la direction de C. DELFORGE), sous le titre « *Antigone* au milieu du gué ».

(2) D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 14-2.

(3) J.-B. DENIS, « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », *R.T.D. Civ.*, 1977, p. 671 ; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 18 ; L. RAISON-REBUFAT, « La loyauté en droit de la preuve », *Gaz. Pal.*, 27 juillet 2002, pp. 1195 et s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 56 ; A. AYNES et X. VUITTON, *Droit de la preuve*, Paris, LexisNexis, 2013, n° 158. Pour plus de détails, voy. D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, n° 3.

(4) Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note DE BAERDEMAEKER, *NjW*, 2010, p. 195, note VAN KILDONCK, *Ors.*, 2008 (reflet PLETS), p. 27, *Pas.*, 2008, p. 652, *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note KEFER.

(5) F. KEFER, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social - Quelques propos sur la légalité des preuves »,

R.C.J.B., 2009, pp. 333 et s., n° 9 ; F. KEFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, formation permanente C.U.P., Liège, Anthemis, vol. 126, 2011, pp. 191 et s., n° 24 ; R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 585 ; O. MORENO et S. VAN KOCKENBEEK, « Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise », in *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32 ; I. VERHELST et N. THOELN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Ors.*, 2008, pp. 197 et s., spécialement p. 205 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, formation permanente C.U.P., Liège, Anthemis, vol. 126, 2011, pp. 7 et s., n° 10 ; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *J.T.*, 2012, pp. 165 et s., n° 22.

(6) S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve irrégulière : quand *Antigone* ouvre la boîte de Pandore », *Chr. D.S.*, 2010, pp. 289 et s., n° 3 ; T. LÉONARD et K. ROSIER, « La jurisprudence "Antigone" face à la protection des données : salvatrice ou dangereuse ? », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 5 et s., n° 3 ; D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils - L'appréciation de preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A. O.R.*, 2013, pp. 240 et s. ; O. RIJCKAERT, « *Antigone*, en arrière toute ? », *Chr. D.S.*, 2013, pp. 111 et s. ; H. BUYSENS, « Ontslag om dringende reden », in M. RIGAUX et W. RAUWS (éd.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, t. 8, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 222 et s.

(7) F. KEFER, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social - Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 10 ; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Ge-rechtelijk recht*, coll. Themis, n° 59, Bruges, la Charte, 2010, pp. 35 et s., n° 36 ; à l'inverse, K. VAN KILDONCK considère que cet arrêt indique que les chambres francophones se démarquent de la jurisprudence *Anti-*

gone en matière civile, « Privacy werknemers », *NjW*, 2010 pp. 180 et s., n° 10. J'ai aussi défendu cette thèse mais j'ai été amené à la nuancer. Voy. D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, n° 15.

(8) T.T. Gand, 1^{er} septembre 2008, *T.G.R. - T.W.V.R.*, 2009, p. 275 ; C.T. Anvers, 2 septembre 2008, inédit, cité par K. VAN KILDONCK, *op. cit.*, n°s 18 et 19 ; T.T. Audenarde, 3 février 2009, *Chr. D.S.*, 2010, p. 396 ; C.T. Mons, 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 535 ; Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note MOUGENOT, *J.L.M.B.*, 2012, p. 492 ; Gand, 18 mars 2010, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 398, note DEFLOOR ; C.T. Gand, 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 366 ; C.T. Liège, 10 septembre 2010, *R.G.* n° 36.362/09, www.juridat.be ; C.T. Liège, 20 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1899 ; C.T. Liège, 14 décembre 2010, *R.G.* n° 2009/AN/8833 ; C.T. Liège, 8 mars 2011, *Chr. D.S.*, 2011, p. 404 ; C.T. Bruxelles, 9 août 2011, *Chr. D.S.*, 2012, p. 468 ; C.T. Anvers, 23 novembre 2011, *NjW*, 2012, p. 550 ; C.T. Bruxelles, 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 497 ; Gand, 7 novembre 2013, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 356 ; C.T. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.

champ d'application de l'arrêt du 10 mars 2008. Peut-être les juges n'ont-ils pas aperçu le problème. La cour du travail de Mons a cependant examiné expressément la question mais considère qu'il n'y a pas lieu à limiter l'application de l'arrêt du 10 mars 2008 à la matière de la sécurité sociale⁹.

5. Retour en arrière. — On aurait donc pu croire que la jurisprudence *Antigone* était définitivement acclimatée en matière civile, sans qu'il y ait lieu de faire de distinction entre matières d'ordre public et d'ordre privé. Un spectaculaire revirement a pourtant vu le jour.

Dans un arrêt du 7 février 2013¹⁰, la cour du travail de Bruxelles reprend à son compte l'opinion doctrinale minoritaire concernant la distinction entre ordre public et ordre privé. Elle a confirmé sa jurisprudence dans un arrêt du 4 août 2016¹¹.

Nouveau coup de boutoir en 2015, dans un arrêt de la cour du travail de Liège¹². La cour rappelle que l'arrêt du 10 mars 2008 a été rendu dans une affaire de répression du travail en noir, c'est-à-dire une matière où le contrevenant risque une « sanction d'exclusion de nature pénale ». Le litige qui était soumis à la cour du travail de Liège portait sur une évaluation du taux d'incapacité et ne relevait pas de la sphère pénale. Elle ne le dit pas expressément mais paraît donc considérer que la jurisprudence *Antigone* est inapplicable dans les litiges d'ordre privé.

Enfin, la cour du travail de Bruxelles¹³ aborde la question différemment, également en 2015. Elle se fonde cette fois sur la distinction entre preuves illégales par nature (par exemple, violation du secret professionnel, faux...) et preuves légales acquises illégalement (par exemple, courrier utilisé par une personne autre que son destinataire...) ¹⁴. Elle considère que la jurisprudence *Antigone* ne peut s'appliquer qu'aux secondes. Les preuves illégales par nature devraient donc être écartées d'emblée, sans application du test *Antigone*. Cette distinction n'apparaît nulle part dans la jurisprudence antérieure mais s'autorise de la rédaction de l'arrêt du 10 mars 2008. La Cour de cassation évoque en effet les « preuves illicitement recueillies », même s'il n'est pas certain qu'elle ait entendu par-là exclure les preuves illégales par nature¹⁵.

On voit donc que le message renvoyé par la jurisprudence est brouillé. Il y avait unanimité à appliquer la jurisprudence *Antigone* à toute la matière civile jusqu'en 2013. Depuis lors, des arrêts en sens divers ont été prononcés par plusieurs cours du travail. Sur un plan strictement numérique, cette jurisprudence reste minoritaire par rapport aux nombreuses décisions qui ne font pas de distinction entre « matière quasi pénale » et matière civile, intérêt public et intérêts privés ou encore preuves illégales et preuves acquises illégalement. Toutefois, ces décisions, rendues par des juridictions d'appel, augmentent encore la confusion quant au champ d'application de la jurisprudence *Antigone* en matière civile.

B. Le « test Antigone » - Les critères proposés par la Cour de cassation

1. Les critères principaux

6. Le non-respect des formes prescrites à peine de nullité. — Le premier critère est le suivant : « Sauf en cas de violation d'une formalité

prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que [...] ».

Ce critère surprend à un double titre.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'administration de la preuve en matière civile, il existe très peu de formalités prescrites à peine de nullité. C'est dire que les cas où le juge devra écarter une preuve parce qu'elle aura été recueillie en violation de formalités prescrites à peine de nullité ne sont pas légion.

Ensuite, la manière dont la phrase est tournée donne à penser que le pouvoir d'appréciation du juge est inexistant lorsqu'il y a violation d'une formalité prescrite à peine de nullité. Cette affirmation est troublante parce que, en procédure civile, le pouvoir d'appréciation du juge en matière de nullité est en principe bien plus grand qu'en matière pénale. Le juge ne peut appliquer la nullité que si celle-ci cause un grief à celui qui l'invoque. Dans ces conditions, on ne comprend pas bien la formulation employée par la Cour.

7. L'absence de fiabilité de la preuve. — La Cour poursuit : « [...] la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ».

Plusieurs commentateurs ont fait observer que, si certains modes de preuve sont peu fiables et offrent une valeur probante moyenne ou limitée, cela tient aux limites intrinsèques de ces modes de preuve et non à l'irrégularité commise durant l'administration de la preuve¹⁶.

En fait, il s'agit d'un débat sur la valeur probante du mode de preuve soumis au tribunal. Ce débat aurait de toute façon dû s'instaurer, que la preuve soit irrégulière ou non. Même si la jurisprudence *Antigone* n'existait pas, une preuve non fiable sera toujours écartée par le juge, quel que soit le motif qui prive cette preuve de sa valeur probante : peu importe qu'il s'agisse d'une faiblesse intrinsèque du mode de preuve invoqué ou d'une faiblesse acquise, résultant de la manière dont la preuve a été reçue.

8. L'atteinte au principe du procès équitable. — La Cour termine ainsi : « La preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice [...] qui porte atteinte au droit à un procès équitable ». Que ce soit en matière civile ou pénale, ce critère a suscité les interrogations de la doctrine, du fait de son imprécision¹⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme indique que les preuves qui n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire doivent être écartées pour atteinte au principe du procès équitable¹⁸. C'est une évidence. Mais l'inverse n'est pas vrai pour autant : ce n'est pas parce que l'utilisation des preuves irrégulières a été débattue devant le juge que toute atteinte au procès équitable est nécessairement écartée. En effet, il suffirait d'instaurer un débat contradictoire pour laver les preuves discutables de leurs imperfections et toutes les preuves irrégulières seraient admises. Le respect du contradictoire deviendrait alors un critère purement formel, dépourvu de tout contenu.

La Cour de cassation précise à ce sujet (en matière pénale) : « Un procès cesse d'être équitable notamment lorsque la preuve reçue malgré son irrégularité entraîne le risque d'une condamnation fondée sur des éléments douteux alors que la partie qui se voit opposer ceux-ci n'est pas en mesure de les contredire utilement et de rétablir la vérité »¹⁹. La Cour ne réduit donc pas le procès équitable à la seule existence for-

(9) C.T. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chr. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT. Jurisprudence confirmée dans un arrêt du 10 juin 2015 de la même juridiction (*J.T.T.*, 2016, p. 77).

(10) C.T. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 262, note MOUGENOT, *Ors.*, 2013, p. 25, *Or.*, 2013 p. 131, *Chr. D.S.*, 2013, p. 106, note RIJCKAERT.

(11) C.T. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390. Cet arrêt se borne à énoncer le principe mais relève ensuite que les preuves irrégulières n'ont eu qu'une incidence marginale sur la solution du litige.

(12) C.T. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298, *Chr. D.S.*, 2016, p. 37.

(13) C.T. Bruxelles, 12 juin 2015,

J.T.T., 2015, p. 364.

(14) Cette distinction avait été évoquée pour la première fois en doctrine par B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN (B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken - Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s.).

(15) B. ALLEMEERSCH, le « père » de cette distinction, estime que la jurisprudence *Antigone* doit également s'appliquer aux preuves illégales, autant qu'aux preuves acquises illégalement (B. ALLEMEERSCH et S. RYLANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *J.T.*, 2012, pp. 165 et s., n° 28).

(16) B. ALLEMEERSCH, « Stand van

zaken... », *op. cit.*, n° 18 ; F. KEFER, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social - Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 14 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve, questions spéciales*, formation permanente C.U.P., vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s., n° 36 ; P. TRAESE, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, p. 137.

(17) A. MASSET, « Le régime des nullités en procédure pénale », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, formation permanente C.U.P., Bruxelles, Larcier, 2014,

p. 106 ; F. LUGENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2015, pp. 185 et s., n° 16, p. 191 ; J. DE COTD, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 264.

(18) C.E.D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, § 42 ; C.E.D.H., gr. ch., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, § 90.

(19) Cass., 4 mars 2015, R.G. n° P.14.1796.F, *J.T.*, 2015, p. 426, note BEERNAERT ; voy. aussi : Cass., 19 mai 2015, R.G. n° P.14.0921.N, *T. Strafr.*, 2015, p. 261, note DECAIGNY.

melle d'un débat contradictoire. Elle parle de « contredire utilement des éléments douteux ». Pouvoir contester les preuves ne suffit donc pas, encore faut-il être en mesure de le faire de manière efficace.

F. Kefer a également proposé de sanctionner à ce titre les manquements au principe de loyauté²⁰. Cette approche a fait l'objet de critiques de la part de B. Allemeersch, qui considère que la loyauté procédurale est un principe autonome, distinct de celui du procès équitable²¹. Indépendamment de la question de savoir si la loyauté relève ou non du respect du procès équitable²², apprécier l'équité de la procédure sous l'angle de la loyauté aboutirait à utiliser le même critère aux deux stades d'examen des preuves. Rappelons que le raisonnement dans cette matière doit se faire en deux temps : d'abord vérifier la régularité de la preuve et, au cas où la réponse est négative, appliquer ensuite la jurisprudence *Antigone* pour déterminer si la preuve doit être écartée. L'examen de la jurisprudence montre que la loyauté intervient déjà au premier stade : les preuves recueillies de manière déloyale peuvent être considérées comme irrégulières²³. Mais si on considère, au second stade de l'examen, que ces preuves doivent être automatiquement considérées comme contraires au procès équitable parce qu'elles sont déloyales, on devrait les écarter systématiquement. Si on veut que l'ensemble de la démarche soit cohérent, on ne peut pas utiliser les mêmes critères aux deux étapes du raisonnement. La déloyauté en elle-même ne peut donc être un critère de rejet dans l'application du test *Antigone*. Mais elle peut entacher la fiabilité de la preuve parce qu'elle lui fait perdre sa crédibilité. Elle peut également porter atteinte à l'équité du procès, lorsque la partie concernée n'a pas l'occasion de contester efficacement la preuve.

On peut à tout le moins déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, pour être conforme au procès équitable, la preuve devrait idéalement être confortée par d'autres éléments du dossier, même si ce n'est pas une exigence exclusive²⁴. Cette exigence n'est pas facile à satisfaire parce que les parties ont souvent recours à des preuves problématiques, précisément parce que la preuve n'est pas aisée à rapporter autrement. Certaines juridictions ont d'ailleurs plus facilement tendance à admettre des modes de preuve irréguliers lorsqu'ils constituent la seule manière d'établir un manquement²⁵.

2. Les critères secondaires

9. Les critères complémentaires d'appréciation. — Consciente de ce que l'application des trois critères de la jurisprudence *Antigone* n'est pas chose aisée, la Cour de cassation a ajouté, déjà dans le cadre de sa jurisprudence pénale, des critères complémentaires d'appréciation. Ces critères sont repris dans l'arrêt du 10 mars 2008.

« Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction ».

Si on admet l'application généralisée de cette jurisprudence en matière civile, il ne faut alors pas s'arrêter à la terminologie purement pé-

nale. Il convient, par exemple, de substituer les termes « faute » ou « manquement » au terme « infraction ». Ces différents critères proposés en ordre subsidiaire sont probablement plus éclairants, dans cette matière, que les trois critères principaux évoqués ci-dessus.

10. Le caractère formel de l'irrégularité. — Le droit civil de la preuve est peu formaliste en ce qui concerne les procédures d'obtention des preuves (il l'est davantage quant au type de preuve utilisable). Dès lors, ce seront bien plus des irrégularités de fond (violation d'un principe garanti par la loi, la Constitution ou la Convention européenne des droits de l'homme) qu'une question de forme.

11. Le caractère intentionnel de l'irrégularité. — Selon les critères *Antigone* classique, le juge pourra tenir compte du caractère intentionnel ou non de l'irrégularité de la preuve. Le caractère intentionnel pourra être pris en compte, non pas dans le chef de l'autorité chargée de la recherche des infractions, ce qui a peu de sens en matière civile, mais bien dans le chef de la partie qui utilise une preuve irrégulière. La bonne foi de cette partie pourrait aussi être examinée. Dans beaucoup d'hypothèses de manquement au respect de la vie privée ou du secret des affaires, l'atteinte sera intentionnelle²⁶.

12. La balance entre la gravité des manquements examinés. — Les éléments essentiels sont évidemment la mise en balance de la gravité du manquement et celle de l'irrégularité de la preuve (« la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité » et « le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction »). Au-delà de la terminologie inadéquate, on comprend bien l'idée de la Cour. Dans le cadre de l'application de ces critères secondaires, le juge va régulièrement se trouver face à un problème de proportionnalité. En matière pénale, l'examen de ce critère paraît même obligatoire²⁷.

Mais ce critère pose question²⁸.

Tel que formulé, il n'est pas applicable dans tous les litiges. En effet, la Cour invite à comparer la gravité de deux fautes : celle du défendeur, que l'on veut établir, et celle du demandeur qui contrevient aux règles d'administration de la preuve. Mais cette question n'a de sens que lorsque la responsabilité du défendeur est recherchée. Même si cette finalité est présente dans de nombreux dossiers où la question de la régularité des preuves est soulevée (en matière sociale notamment), tout litige porté devant les tribunaux ne porte pas nécessairement sur une faute du défendeur. Ce n'est pas uniquement la comparaison de la gravité des fautes qui importe mais la balance des droits en présence : d'une part, le droit à la preuve du demandeur, c'est-à-dire son droit à produire les preuves dont il dispose, et le droit du défendeur au respect de sa vie privée (ou tout autre droit qui aurait été méconnu dans le cadre de l'administration de la preuve).

3. Application des critères *Antigone* par les juges du fond

13. Des décisions peu motivées. — L'examen de la jurisprudence n'apporte pas d'éléments décisifs à cette discussion.

Tout d'abord, beaucoup de juridictions admettent les pièces litigieuses en se contentant de relever qu'il n'y a pas violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, de défaut de fiabilité de la preuve ou d'atteinte au procès équitable²⁹. Il s'agit d'affirmations lapidaires, dépourvues d'explications. Sans doute n'y a-t-il pas eu de véritable débat à ce

(20) F. KEFER, « *Antigone et Manon* s'inventent en droit social - Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 16. J'avais également évoqué cette possibilité : D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils - L'appréciation de preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A. O.R.*, 2013, pp. 240 et s.

(21) B. ALLEMEERSCH, « *Stand van zaken...* », *op. cit.*, n° 21.

(22) Il est vrai que la loyauté n'est pas habituellement citée dans le catalogue des manifestations concrètes du principe du procès équitable. Certains auteurs considèrent toutefois

que la loyauté est un élément du principe du procès équitable (M. T. CAUPAIN et E. LEROY, « La loyauté : un modèle pour un petit supplément d'âme ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 112) ou lui est étroitement apparenté (P. Taelman, « Loyale procesvoering », in *Propositions de réforme de la procédure civile*, Bruges, la Charte, 2005, p. 125). De même, la loyauté participe au respect des droits de la défense (J. DU JARDIN, « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation [1990-2003] », disponible sur le site web de la Cour de cassation, p. 49 ; H. MOTULSKY, « Le droit natu-

rel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, n° 13 et s.).

(23) Voy *supra*, n° 1 et 2.

(24) C.E.D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, § 42 ; C.E.D.H., gr. ch., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, § 90. Voy. aussi : Cass., 11 mai 2016, R.G. n° P.16.0154.F.

(25) Gand, 6 septembre 2006, *D.A. O.R.*, 2007, p. 326 ; comm. Courtrai, 24 juin 2004, *D.A. O.R.*, 2007, p. 331.

(26) S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve irrégulière : quand *Antigone* ouvre la boîte de Pandore », *Chr.*

D.S., 2010, pp. 289 et s., n° 4.

(27) Cass., 30 avril 2014, R.G. n° P.13.1869.F, *J.T.*, 2014, p. 351, note, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1364, note BEERNAERT, *N.C.*, 2014, p. 39, *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 834, note LUGENTZ, *R.G.C.F.*, 2014, p. 128, note VAN BRUSTEM, *R.W.*, 2014, p. 1101, note DE SMET, *T. Strafr.*, 2016, p. 163, note.

(28) Pour un examen plus approfondi des problèmes que pose l'application de ce critère, voy. D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, n° 26.

(29) T.T. Gand, 1^{er} septembre 2008, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2009, p. 275 ; C.T. Gand, 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011,

sujet, ce qui permet au juge de ne pas motiver son raisonnement. Certaines décisions ne citent pas les trois critères mais deux d'entre eux seulement (souvent la nullité et la fiabilité).

Sans surprise, aucune décision n'écarte une preuve pour violation d'une règle prescrite à peine de nullité, inexistante en l'espèce.

14. Absence de fiabilité. — L'absence de fiabilité de la preuve irrégulière revient davantage. Dans un arrêt du 23 novembre 2011³⁰, la cour de travail d'Anvers rejette un certificat médical obtenu en violation du secret médical, parce qu'il n'apparaît pas très convaincant. Dans un arrêt du 7 janvier 2015³¹, la cour du travail de Bruxelles rejette un entretien filmé à l'insu des protagonistes, pour atteinte à la fiabilité. L'organisateur de cet enregistrement a agi à l'insu de son interlocuteur et dans un but bien précis. Il a eu la possibilité de préparer les questions de manière à induire les réponses. La preuve ainsi recueillie n'est pas crédible. Dans un arrêt du 10 juin 2015³², la cour du travail de Mons rejette un contrôle de données relatives à un GSM utilisé par un employé parce que les investigations étaient orientées. Les éléments de preuve n'établissent pas avec certitude que l'employé était l'auteur des appels litigieux. Il existe donc un doute concernant les faits reprochés à l'employé.

15. Violation du droit au procès équitable. — Le respect du procès équitable est examiné par plusieurs juridictions, soit pour admettre la preuve, soit pour l'exclure.

Dans un arrêt du 20 septembre 2010³³, la cour du travail de Liège relève que le droit au procès équitable a été respecté dès lors que les preuves litigieuses ont fait l'objet d'un débat contradictoire. Même raisonnement dans l'arrêt de la cour du travail de Mons du 8 décembre 2010³⁴. J'ai relevé plus haut l'insuffisance de ce critère tout à fait formel³⁵.

En revanche, d'autres juridictions ne limitent pas l'exigence de respect du principe du contradictoire à la simple existence d'un débat devant le tribunal. La cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt du 12 juin 2015³⁶, est attentive à écarter tout risque de décision fondée sur des éléments douteux que l'adversaire ne peut contredire. Dans son arrêt du 2 mars 2010³⁷, la cour d'appel de Mons écarte également un rapport de détective privé, parce que son interlocuteur n'a pas été identifié et que le défendeur s'est donc trouvé dans l'incapacité de contredire les propos rapportés. Le détective n'a également jamais indiqué le but de son appel téléphonique, par lequel il se faisait passer pour un faux client. Ces décisions exposent que le débat qui s'instaure devant le juge est en réalité faussé parce que certains éléments soumis au tribunal sont impossibles à contrôler. Mais on peut alors se demander si l'examen, que ces juridictions qualifient de vérification du respect du procès équitable, ne porte pas en réalité à nouveau sur la fiabilité des preuves. Si les éléments de preuve ne peuvent être contredits, c'est parce qu'ils sont trop imprécis et donc ne peuvent emporter la conviction du juge. Dans un arrêt du 7 janvier 2015³⁸, la cour du travail de Bruxelles considère qu'un enregistrement vidéo réalisé à l'insu de la personne filmée viole le droit au procès équitable. La cour considère que la déloyauté de la procédure porte atteinte à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Je renvoie aux considérations développées plus haut concernant la difficulté d'écarter une preuve pour le seul motif qu'elle est recueillie de manière déloyale³⁹. Dans son jugement du 3 décembre 2009⁴⁰, le tribunal du travail d'Audenarde relève l'absence de caractère contradictoire de l'examen

de l'ordinateur du travailleur. Dans cette décision, la contradiction dont l'absence est critiquée par le tribunal n'est pas celle qui doit s'instaurer devant lui mais celle qui affecte la manière dont la preuve est recueillie.

16. Critères secondaires. — Ces critères sont assez peu utilisés par la jurisprudence.

Deux décisions procèdent à un contrôle de proportionnalité, après avoir rejeté toute atteinte au procès équitable⁴¹. Manifestement, elles appliquent donc ce critère de manière autonome et non comme indicatif d'une violation du droit au procès équitable.

Le caractère intentionnel de la faute revient à plusieurs reprises. La cour du travail de Liège affirme qu'il faut à tout prix écarter les preuves acquises par un délit intentionnel⁴². Alors qu'elle relève l'absence d'infraction intentionnelle dans son arrêt de 2011, elle écarte des preuves obtenues par vol dans l'arrêt de 2010. C'est un critère que l'on retrouve également chez certains auteurs⁴³. Le caractère non intentionnel de la faute commise par l'assureur dans l'administration de la preuve est également mis en parallèle par la cour d'appel de Gand avec l'intentionnalité du manquement reproché à l'assuré⁴⁴.

Dans la balance des droits en présence, le droit au respect de la vie privée est, sans surprise, pondéré différemment par les juridictions de fond. La cour du travail de Mons considère que ce droit ne fait pas le poids par rapport à la gravité des manquements reprochés au travailleur⁴⁵. À l'inverse, la cour du travail de Bruxelles en fait un principe à ce point fondamental qu'il exclut l'application des critères *Antigone*⁴⁶.

3 Conclusion

17. Une matière en évolution, manquant encore de critères clairs d'application. — Il ressort de cet examen que la question ne s'est guère éclaircie au fil des années. On attend toujours l'arrêt de cassation qui fournira des critères plus précis d'appréciation pour la matière civile et qui délimitera le champ d'application de sa jurisprudence. La jurisprudence des juges du fond est fort casuistique, ce qui engendre un manque de sécurité juridique. À partir du moment où les juges doivent réaliser la balance des droits et intérêts des parties en cause, il est clair qu'on s'expose à rencontrer des décisions parfois fortement divergentes. D'une chambre à l'autre, au sein de la même cour, on sent des accents différents.

L'examen des trois critères principaux proposés par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 mars 2008 est frustrant. On a l'impression que le problème est mal posé et que ces critères sont peu utiles pour le juge du fond. On serait tenté de les évacuer pour en revenir à cette seule question : le droit d'une partie de présenter au tribunal des preuves recueillies de manière illégale ou déloyale doit-il l'emporter sur le droit de son adversaire au respect de ses droits fondamentaux ? Et cette appréciation devra se faire au regard de tous les éléments du cas d'espèce : la gravité des fautes respectives, si chaque partie a effectivement commis une faute, l'importance de l'atteinte aux droits de la partie préjudiciée par l'irrégularité, la légitimité de l'intérêt de la partie qui produit les preuves, la possibilité d'apporter la preuve d'une autre

p. 366 ; C.T. Liège, 10 septembre 2010, R.G. n° 36.362/09, www.juridat.be ; C.T. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chr. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT ; C.T. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833 ; C.T. Liège, 8 mars 2011, *Chr. D.S.*, 2011, p. 404 ; C.T. Bruxelles, 9 août 2011, *Chr. D.S.*, 2012, p. 468 ; C.T. Bruxelles, 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 497.
(30) C.T. Anvers, 23 novembre 2011, *NjW*, 2012, p. 550.
(31) C.T. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.
(32) C.T. Mons, 10 juin 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 77.
(33) C.T. Liège, 20 septembre 2010,

J.L.M.B., 2010, p. 1899.
(34) C.T. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chr. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT.
(35) Voy. *supra*, n° 8.
(36) C.T. Bruxelles, 12 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364.
(37) Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note MOUGENOT, *J.L.M.B.*, 2012, p. 492.
(38) C.T. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.
(39) Voy. *supra*, n° 8.
(40) T.T. Audenarde, 3 février 2009, *Chr. D.S.*, 2010, p. 396.
(41) C.T. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chr. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT ; C.T. Bruxelles, 9 août 2011, *Chr. D.S.*,

2012, p. 468.
(42) C.T. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833 ; C.T. Liège, 8 mars 2011, *Chr. D.S.*, 2011, p. 404.
(43) V. PERROCHEAU, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *Petites Affiches*, 2002, pp. 6 et s., p. 16 ; N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigone" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 335 ; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et

des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1094 et 1108 ; J. LARUELLE, « Vie privée des (ex-)partenaires affectifs versus droit à la preuve », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 118 et s., n° 17.
(44) Gand, 18 mars 2010, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 398, note DEFLOOR.
(45) C.T. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chr. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT.
(46) C.T. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note D. MOUGENOT, *Ors.*, 2013, p. 25, *Or.*, 2013 p. 131, *Chr. D.S.*, 2013, p. 106, note RIJCKAERT.

manière, moins attentatoire aux droits, le caractère d'ordre public ou non de la matière... La question de la fiabilité sera également un préalable avant tout examen de proportionnalité mais elle aurait dû se poser en tout état de cause, même si la preuve a été recueillie de manière régulière.

18. La jurisprudence *Antigone* remise en cause par l'Union européenne ? — Dans un arrêt rendu en matière fiscale, étudié par F. Koning dans le présent numéro, la Cour de justice de l'Union paraît remettre en cause la jurisprudence *Antigone*⁴⁷. Les preuves recueillies en violation d'un droit garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union doivent être écartées.

Cette jurisprudence est-elle applicable en matière civile ? La place manque pour examiner cette question dans le cadre de la présente contribution. Je renvoie donc, sur ce point, à l'examen plus approfondi évoqué en note de bas de page 1⁴⁸. En résumé, on peut retenir que

cette extension est douteuse dans l'état actuel de la jurisprudence des juridictions de l'Union. D'une part, parce que cet arrêt est contredit par un arrêt postérieur du tribunal de première instance de l'Union, qui fait une application classique de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme : les preuves irrégulières ne violent pas automatiquement le droit au procès équitable et l'équité de la procédure doit être vérifiée au cas par cas⁴⁹. D'autre part, parce que l'application de la Charte des droits fondamentaux aux rapports entre simples particuliers (application horizontale de la Charte) est insuffisamment développée par la jurisprudence⁵⁰. Or, cette question est fondamentale dans la matière civile, dans laquelle les conflits opposent non pas l'État à un citoyen mais des particuliers entre eux.

Dominique MOUGENOT

Juge au tribunal de commerce du Hainaut
Maître de conférences invité à l'UNamur et l'U.C.L.

(47) C.J.U.E., 17 décembre 2015, aff. C-419/14, *WebMindLicenses* (WML), J.T., 2016, p. 401, note F. KONING, T.F.R., 2016, p. 342, note P. DE VOS et D. VERBEKE.

(48) D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, n^{os} 31 et s.

(49) T.U.E., 8 septembre 2016, T-54/14, *Goldfish et Heiploeg*.

(50) A. BAILLEUX et E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement, formation permanente C.U.P.*, vol. 137,

Liège, Anthemis, 2012, pp. 73 et s., spécialement pp. 117 et s. ; A. BAILLEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *R.D.S.*, 2014, pp. 281 et s. ; S. PLATON, « Le périmètre de

l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne - Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 67 et s., spécialement pp. 85 et s.

La preuve irrégulière en matière fiscale, ou le *Requiem d'Antigone*

La présente analyse se veut résolument juridique mais également critique et novatrice concernant les règles de droit à appliquer par le juge fiscal confronté à l'avènement dans la sphère fiscale de la jurisprudence pénale dite « *Antigone* ». Le lecteur y trouvera en effet un moyen de droit substantiel non encore invoqué à ce jour qui écarte cette jurisprudence.

1 Préambule

1. Jusqu'à présent, en matière fiscale, la preuve irrégulièrement recueillie par les agents du fisc entraînait la nullité de la cotisation qui en résultait.

Cependant, la Chambre fiscale néerlandophone de la Cour de cassation a initié, le 22 mai 2015, un soudain revirement de jurisprudence consistant à vouloir transposer à la sphère fiscale sa jurisprudence bien connue en matière pénale dite « *Antigone* » issue de son arrêt du 14 octobre 2003.

Cette jurisprudence pénale fut baptisée de la sorte en raison du nom de code d'une opération policière anversoise en matière de stupéfiants menée en l'an 2000 qui avait donné lieu à une perquisition illécite car sans mandat préalable d'un juge d'instruction, à l'occasion de laquelle une arme avait été découverte entraînant des poursuites du chef de détention d'arme prohibée à charge de la personne concernée.

2 De 1923 à 2003 prévalait l'exclusion systématique de la preuve irrégulière

2. Comme l'a constaté la Cour européenne des droits de l'homme en préambule d'un arrêt du 28 juin 2009 *Lee Davies c. Belgique*, jusqu'en 2003, le principe de l'exclusion de la preuve illégale prévalait dans la jurisprudence pénale de la Cour de cassation ainsi que dans toutes les autres branches du droit et ce, depuis un arrêt de principe du 12 mars 1923, par lequel la Cour de cassation avait décidé que le juge pénal ne pouvait pas prendre en considération des constatations faites à la faveur d'une perquisition illégale car menée en dehors des cas prévus par la loi¹.

Cette jurisprudence avait été ensuite confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 mars 1929² puis par de nombreux arrêts subséquents et ce, durant 80 ans³.

Dans le cadre de cette jurisprudence solidement établie, la Cour de cassation décida également que le juge du fond ne pouvait pas se borner à écarter des débats la seule preuve illégalement obtenue mais devait

(1) Cass., 12 mars 1923, *Pas.*, 1923, I, p. 233. Il s'agissait d'une perquisition qui avait été menée par des gendarmes sur ordre d'un auditeur militaire dans un lieu occupé par des non-militaires, ce qui avait amené la Cour de cassation à décider très judi-

cieusement que : « Qu'à l'égard des personnes qui ne sont pas justiciables des tribunaux militaires, la loi veut que ces perquisitions ne soient ordonnées ou exécutées que par un juge inamovible ».

(2) Cass., 4 mars 1929, *Pas.*, 1929 I,

p. 118.

(3) Cass., 3 février 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 30 ; Cass., 6 mars 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 237 ; Cass., 24 mai 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 334 ; Cass., 2 septembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 488 ; Cass., 13 octobre 1952, *Pas.*,

1953, I, p. 52 ; Cass., 29 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 272 ; Cass., 15 février 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 601 ; Cass., 10 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 952.